17

289



POR DON AVGVSTIN FERNAN Lopez Adorno, vezino de Xerez de la Frontera.

CON

Doña Maria de Aguiñiga, viuda, vezina de la dicha ciudad.

En Granada. En la imprenta de la Real Chancilleria.
Por Francisco Heylan. *Año* 1627.



RESVPONESE EN el hecho, que Fernan Lopez Adorno, y la dicha doña Maria de Aguiñiga su muger hizieron vinculo y mayorazgo del tercio y quinto de todos sus bienes por el mes de Agosto de 1583. en doña Luziana Adorno su hija, y sus descendientes, conque han de ser vsufrutuarios por los dias de su vida, y llaman despues a el a doña Isabel de Ochandiano su hija, y sus descendientes, y a falta dellos a doña Iuana de Melgarejo, y los suyos, y despues a doña Ana de Aguiñiga, y su generacion, todas hijas de los fundadores, y a falta de las dichas sus hijas, y de sus descendientes, dizẽ que suceda en el dicho vinculo la persona, o personas que el dicho Fernan Lopez Adorno nombrare por escritura, o testamento, o por cedula firmada de su nombre, que aya entregado al padre Rector, que es, o fuere de la Cõpañia de Iesus de la dicha ciudad, porque esto ha de quedar reseruado al dicho Fernan Lopez Adorno solo; con tãto, que el que sucediere en los bienes de este vinculo, luego despues de la descendencia y generacion de los fundadores, sea obligado de dar y pagar a doña Maria de Aguiñiga, y a sus herederos el valor en dineros de la parte q̃ perteneciere a la dicha doña Maria de Aguiñiga de los dichos bienes, esto porque anden, y permanezcan juntos, por auer sido de los abuelos del dicho Fernan Lopez Adorno.

Parece, que en vn codicilo de 11. de Agosto de 1583. el dicho Fernan Lopez Adorno dio facultad a doña Maria de Aguiñiga su muger, para que pudiesse nombrar sucessor en el dicho vinculo, conq̃ sea vno de sus hermanos Iacome Adorno, o Agustin Adorno, o vno de sus hi-

hijos, y descendientes, porque el que ella nombrare, desde luego le ha por nõbrado para despues de la muerte de sus hijas, y de sus descendientes llamados al dicho vinculo.

Doña Maria de Aguiñiga, despues de auer muerto su marido, haze declaracion por el año passado de 1595. manifestando la voluntad de su marido, y dize, que el que ha de suceder en el dicho vinculo ha de ser el dicho don Agustin Adorno, que litiga, despues de sus hijas, y de su generacion.

Parece, que despues de la muerte del dicho Fernan Lopez Adorno murieron todas sus hijas sin dexar generacion, quedando viua la dicha doña Maria de Aguiñiga, y auiendo entre ella, y el dicho don Agustin algunas diferẽcias sobre los bienes del dicho vinculo, las comprometieron en Iuezes arbitros, que mandarõ hazer quentas, dando forma a ellas, y nombrando contadores, los quales las hizieron, adjudicã do al vinculo q̃ instituyó Fernan Lopez Adorno 2. qs. 116U458. mr̃s por el tercio y quinto de sus bienes, en los especificados en el dicho vinculo, los quales parece montaron todos 3. qs. 54U697. mr̃s, y quedaron para la dicha doña Maria de Aguiñiga 1. qo. 438U232. marauedis de los bienes del dicho vinculo; y los arbitros por sentencia confirmaron estas quentas, y ninguna de las partes apeló dellas, cõ lo qual el dicho don Agustin parecio ante el Ordinario de la dicha ciudad, y en virtud de la dicha quenta, y sentencia de Iuezes arbitros, pidio possession de los bienes del dicho vinculo, y se le mandó dar, y despues pidio amparo, y salio contradiziendole la dicha doña Maria de Aguiñiga, diziendo era vsufrutuaria, y sin embargo se mandó amparar al dicho don Agustin; de q̃ apeló la otra parte, y pidio atentado, y preten-

de

de se ha de dar por ninguna la dicha possession y amparo, y por nuestra parte, que se ha de cõfirmar, y porque consiste en las clausulas la determinacion deste pleyto se ponen a la letra.

CLAVSVLAS DE la fundacion del vinculo.

I. CLAVSVLA.

PRimeramente es vinculo y condicion, que nos los dichos Fernan Lopez Adorno, e doña Maria su muger seamos vsufrutuarios de los dichos bienes desta mejora, e gozemos dellos, e de los frutos, e rentos dellos todos los dias de nuestras vidas, en tal manera, que aunque el vno de nos fallezca, el otro que de nos quedare goze de todo el dicho vsufruto todos los dichos dias de nuestra vida, y en fin de los dichos dias de nuestras vidas sucedays en los dichos bienes desta mejora vos la dicha doña Luziana Adorno nuestra hija en propiedad, y possessiõn, e vsufruto, e gozeys dellos todos los dias de vuestra vida, y en fin dellos suceda en ellos vuestro hijo mayor varon que tuuieredes, e despues del, sus hijos, y descendientes legitimos, de varon en varon, y en defeto de varon, en hembra, prefiriendo varon a hembra, e mayor a menor: e si a caso fuere, q̃ vos la dicha doña Luziana

na Adorno nuestra hija no tuuieredes hijo varon, suceda en los dichos bienes vuestra hija mayor que tuuieredes, y despues della sus hijos y descendientes legitimos, prefiriẽdo el varon a la hembra, y el mayor al menor: y en caso que vos la dicha doña Luzia na Adorno nuestra hija fallecieredes sin dexar hijos y descendientes legitimos, en falta dellos suceda en los bienes desta dicha mejora doña Isabel de Ochandiano nuestra hija legitima mayor, y despues della sus hijos, e descendiẽtes legitimos, de vno en otro, prefiriendo varon a hembra, e mayor a menor, como está dicho: y en caso que la dicha doña Isabel de Ochandiano nuestra hija falleciere sin dexar hijos, o descendientes legitimos, y en falta dellos suceda en los dichos bienes doña Iuana de Melgarejo nuestra hija legitima, y despues della sus hijos y descendientes legitimos, por el orden, e forma susodicha, que es prefiriendo varon a hembra, e mayor a menor: y en caso que la dicha doña Iuana de Melgarejo nuestra hija falleciere sin dexar hijos, o descendientes legitimos, y en falta dellos suceda en esta mejora, e bienes della doña Ana de Aguiñiga nuestra hija legitima, y despues della sus hijos, e descendientes legitimos, de vno en otro, por el orden, e forma susodicha, que es prefiriendo varon a hembra, e mayor a menor.

CLAVSVLA DE llamamiento de los parientes de Fernan Lopez Adorno.

MAS es condicion, que yo el dicho Fernan Lopez Adorno solo pueda poner los demas vinculos, e grauamenes, e sucessiones, e llamamientos, e condicioner en los dichos bienes, e sucession dellos, que yo el dicho Fernan Lopez Adorno quisiere, e deshazer el dicho vinculo, e mejoria si fuere mi voluntad, e sacar, e quitar della la parte que yo quisiere en mi testamento, o fuera del, porque todo esto queda reseruado a mi voluntad de mi el dicho Fernan Lopez Adorno: y en caso que nuestro hijo, o hyos varones, si los tuuieremos, e todas las dichas nuestras quatro hijas fallecieren sin generacion, o faltare la que dexare, que en falta de toda nuestra generaciō, e descēdencia suceda en los dichos bienes desta mejoria el sucessor, e sucessores q̄ yo el dicho Fernan Lopez Adorno nombrare para ello por escritura, o testamento, o vltima voluntad, o por cedula firmada de mi nombre, que yo aya entregado al padre Rector, que es, o fuere de la Compañia del nombre de Iesus desta ciudad, porque esto queda reseruado a mi el dicho Fernan Lopez Adorno solo: con tanto que el sucessor que sucediere en los dichos

chos bienes desta mejoria, luego despues de la descendencia, y generacion de nos los dichos Fernan Lopez Adorno, e doña Maria su muger, sea obligado de dar, e pagar, e dè y pague a mi la dicha doña Maria de Aguiñiga, e a mis herederos, o a quien yo nombrare, el valor en dineros de todo lo que me pertenece a mi la dicha doña Maria de las dichas casas, e huerta, e tierras desta dicha mejoria que assi vinculamos conforme al valor que a la sazon tuuierẽ, lo qual le dê y pague dentro de vn año primero siguiente de como huuiere sucedido en los dichos bienes, porque anden, e permanezcan los dichos bienes juntos, por auer sido, como fueron de los abuelos de mi el dicho Fernan Lopez Adorno.

Pretende don Agustin Adorno se confirme la sentencia del Ordinario, para lo qual se fundarà por nuestra parte, que no pudo FernãLopez Adorno poner grauamen de vsufruto en el vinculo que fundó en quanto al tercio del; y tambien, que para en caso q̃ muriessen sin generacion sus hijos, y sucediesse en la parte que le tocaua de los bienes del dicho vinculo alguno de sus deudos, no quiso poner el dicho grauamen: y que doña Maria de Aguiñiga no puede impedir la possession que pretẽde el dicho don Agustin Adorno.

Que no pudiesse poner el grauamen de vsufruto Fernan Lopez Adorno para despues de su muerte en los bienes del vinculo que dexó fundado en quanto al tercio, se funda en lo siguiente.

Por la l. 27. de Toro pueden los padres mejorar a qualquiera de sus hijos en el tercio de sus bie-

bienes, y poner en el qualquier grauamen de restitucion, o fideicomisso, o otro qualquiera, guardando la forma de la dicha ley, lo qual es tan preciso, que todos los autores del Reyno tuuierõ, que la dicha ley 27. induze forma, que deue guardarse precisamente, sic tradunt Palac. Rub. in dict. l. 27. Tauri, num. 50. Gomez Arias, num. 18. Castillo, num. 36. Tell. Fernan. n. 12. & 17. Auend. in glos. 2. num. 5. Matienç. in l. 11. tit. 6. lib. 5. recop. glos. 9. in princ. & glos. 11. num. 13. & ibi Azebed. num. 38. Couarrub. in c. Rainaldus, de testam. §. 2. n. 4. vers. Sextum, Molina, de primog. lib. 2. c. 2. n. 11. & c. 11. n. 12. Mieres, de maiorat. 2. p. quæst. 6. num. 25. Angulo, de meliorat. in dict. l. 11. glos. 7. num. 1. Gutierr. practicarum, lib. 3. quæst. 52. el señor don Iuan del Castillo, lib. 2. quotidianarum, cap. 30. nu. 11. & 12. donde dize, que esta opinion es segura y cierta, ponderando las palabras de la dict. l. 27. ibi: *Y que de otra manera no pueda poner grauamẽ alguno, ni condicion en el dicho tercio*, llamandolas palabras expressas, & quæ cauilari non possunt.

Y ay diferencia en el vinculo perpetuo del tercio, que por conseruar la perpetuydad del, aunque no se guarde la forma de la l. 27. de Toro, se reduzen los llamamientos, y grauamenes a la forma della, supliendo los llamamientos, y todo lo demas que deuia hazerse, y siendo tẽporal y limitado, se obserua la disposicion hasta aquel que fue llamado en conformidad de la dicha ley, y en el quedan los bienes libres, hanc distinctionem, ex Aiora, Angulo, & Ioan. Gutierrez, tradit D.D. Ioan. del Castillo, dict. lib. 2. quotidian. controu. cap. 7. n. 25.

La d. l. 27. de Toro introduxo cinco grados. El primero en los descendientes legitimos. El segundo en los ilegitimos, o naturales. El tercero

cero en los aſcendientes. El quarto en los trãſuerſales. El quinto en los eſtraños, como parece de las palabras de la dicha ley, y no haze grado qualquiera perſona diſtributiuamente, ſed quodlibet genus perſonarum, para efeto de hazer los llamamientos, porque primero ſe han de llamar todos los deſcendientes legitimos, y deſpues todos los naturales, & ſic de reliquis, vt tradit D. Chriſtoual de Paz, in l. 200. ſtili, n. 202. & ſequent. de donde nace, que miẽtras huuiere deſcendientes legitimos, no ſe puede paſſar a los ilegitimos, ni auiendo ilegitimos a los aſcendientes, &c. Y para llegar a qualquiera de los otros grados, han de faltar todos los de los antecedentes, vt ibi tradit Auend. glo. 10. Azebed. in d. l. 11. á num. 38. Gutierrez, lib. 3. practica. q. 53. nu. 4. Y aſsi, ni en todo, ni en parte ſe puede priuar del tercio al hijo reſpeto de los naturales, auiendo otros hijos legitimos, ni al natural, reſpeto de los aſcendientes, auiẽdo otros naturales, porque en cada grado de perſonas como puede eligir la que quiſiere para el tercio puede tambien darle vna parte, o mas, o repartirle entre todos los de aquel grado, y dar a vno la propiedad, y a otro el vſufruto: pero eſto no lo podrá hazer en diferentes grados, cõforme a la d. l. 27. dando al hijo legitimo la propiedad del tercio, y al eſtraño el vſufruto, porque ſiendo, como ya por las leyes del Reyno es legitima, el tercio no podra poner en el grauamen alguno, no guardando la forma de la d. l. 27. de Toro.

Fernan Lopez Adorno haziendo como hizo vinculo y mayorazgo del tercio y quinto de ſus bienes, y teniendo hijos, no pudo dexar el vſufruto del a ſu muger para deſpues de ſus dias (y no es nueſtra intencion tratar de la parte que tocó a la muger deſte vinculo, porq̃ eſſa

C en

en vſufruto y propiedad ſe le ha de dar) la razon es, porque es grauamen quitar el vſufruto que no ſe puede poner al hijo, Authentica nouiſsima, C. de inoffic. teſtam. ibi: *Cuius portionis, neque in vſufructu defraudari poßunt liberi à parente,* Authent. de triente & ſemiſſe, §. prohibemus, colat. 3. ibi: *Sed modis omnibus eis huiuſmodi legitimæ partis, quam nunc deputabimus, & vſumfructum inſuper, & proprietatem relinquat.* Roderic. Suar. in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam. ampliat. 3. num. 1. Queſada, diuerſ. quæſt. c. 24. nu. 19. Ioan. Gntierr. practic. lib. 3. q. 57. n. 9. Y aſsi es cierto, que el grauamen de vſufruto ſe ha de quitar del tercio, el qual ya por las leyes del Reyno es legitima de los hijos, vt tradit Segura, in l. vnum ex familia, §. ſi fundum, n. 49. ff. de legat. 2. Anton. Gomez, in l. 18. Tauri, nu. 1. Tellus Fernandez, in l. 27. Tauri, nu. 3. & ibi Velazquez de Auend. nu. 7. Matienç. qui alios refert in l. 2. tit. 6. lib. 5. recopil. gloſ. 3. num. 2. Y de la miſma manera que la legitima del hijo no admite grauamẽ por la l. quoniam in prior. C. de inffic. vbi communiter DD. & Roder. Suar. ibidem per plures ampliationes, & maximé in d. 3. ampliat. num. 1. vbi loquitur in vſufructu, vt patet, ibi: *Amplia tertio, quod non ſolum in proprietate legitimæ reiicitur grauamen per hanc legem, verumetiam in vſufructu, itaque, nec in proprietate, nec in vſufructu legitimæ filius poteſt grauari, &c.* Y eſta concluſion es certiſsima y llana, aſsi de la miſma manera no ſe puede grauar a los hijos en el vſufruto del tercio. Imó, la legitima del tercio tiene mayor eſpecialidad, porque en ella limitó la ley, y reſtringio mas el poder de los padres, pues aunque en la legitima puede el padre dar ſubſtituto eſtraño al hijo, vulgar, o pupilarmente, excluyendo a la madre, y los demas hermanos, vt reſoluit D. D. Ioan. del Caſtillo,

llo,lib.3.variar.cap.11.á num.1. pero en la mejora del tercio, aunque pueda substituyrle pupilar,o vulgarmente ha de ser guardado la forma de la d.l.27.de Toro, y conforme a ella no podrá el padre al hijo legitimo y natural substituyrle vn estraño en el tercio teniendo hermanos,sino que necessariamente ha de substituyr a los demas hijos legitimos,y naturales,y a falta dellos ha de discurrir por los demas grados referidos en la d.l.27.guardando los limites de su prelacion, aliás substitutio erit nullius momenti, vt tradit Angul. in dict. l. 11. glos.3. n.7.& ibi Matienç.glo.9.n.3.& Azebed.n.35.latissimé Gutierrez, pract.q.53.n.4. D.D.Ioann. del Castillo,vbi proximé,n.4.

Fernan Lopez Adorno en la fundacion del vinculo del tercio y quinto en quanto a los llamamientos guardó la forma de la d. l. 27. de Toro,porque llamó en primer lugar a sus hijos legitimos,y por no tener naturales,ni ascendiẽtes a quien substituyr passó a los transuersales, solo en lo que fue contra ella es en el grauamẽ de vsufruto,que para ponerle en el dicho vinculo auia de ser entre las personas de cada grado,porque como podia eligir a qualquiera dellas,podia tambien dar a vno el vsufruto, y a otro la propiedad, mas no podia, ni pudo llamar al vinculo a los hijos, y a los transuersales, y dar el vsufruto a su muger, q̃ viene a ser estraña respeto del fundador, porq̃ este grauamen lo pudo poner entre las personas de cada grado,sin passar auiendo hijos a los transuersales, y auiendo transuersales a los estraños, porque la permission que la d.l.27.de Toro dà para poder poner grauamen en el tercio, es condicional,conque se guarde la forma della,y no lo haziendo cessa la permission, y se ha de quitar el grauamen como si no se huuiera puesto, para

lo

lo qual ſon expreſſas las palabras de la dicha l. 27. ibi: *Con tanto que lo hagan entre ſus deſcendientes legitimos, y a falta dellos, que lo puedan hazer entre ſus deſcendientes ilegitimos que ayan derecho de los poder heredar, e a falta de los dichos deſcendientes, que lo puedā hazer entre ſus aſcendientes, y a falta de los ſuſodichos puedan hazer las dichas ſumiſsiones entre ſus parientes, y a falta de parientes entre los eſtraños, y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.* Y aſsi ſe colige de los autores del Reyno en la dicha l. 27. & nouiſsimé tradit D. D. Ioan. del Caſtillo, quotidian. controu. c. 98. n. 2. & 3. & ſequent. lib. 5. & c. 175. n. 9. lib. 6. y en terminos de vſufruto quando el marido le dexó a ſu muger de todos ſus bienes, teniendo hijos, que ſolo valga en el quinto de los bienes, y ſe quite eſte grauamen de los demas, por ſer legitima de los hijos cōforme a las leyes del Reyno lo tienen por llano, Queſada, diuerſ. quæſt. iuris, cap. 24. Morquecho, de diuiſ. bon. lib. 4. c. 11. n. 44. & ſequent. vbi latiſsimé Ioan. Gutierr. pract. lib. 3. q. 57. nu. 9. & 10. & ſequent. Zauall. communiũ, q. 497. vbi plures refert D. D. Ioan. del Caſtillo, de vſufruct. c. 45. n. 14. & exactiſsimé in lib. 5. quotidian. controu. cap. 94. nu. 25. & ſequent. maximé nu. 28. Y en ambos lugares junta los autores del Reyno, que tuuieron por comun y llana eſta opinion, como verdaderamente lo es conforme a las leyes del, dōde por que podria dudarſe, ſi el vſufruto ſe auia de reduzir al quinto enteramente, de que pudo diſponer el teſtador en perjuyzio de los hijos, o ſolo al vſufruto del, viene a reſoluer con Gaſpar Rodriguez de annuis redditibus, lib. 1. q. 5. nu. 22. Ioan. Gutierr. pract. lib. 3. d. q. 57. n. 10. & ſequent. & ex d. c. 45. de vſufruct. n. 16. que de ninguna manera podra lleuar la muger mas del vſufruto del quinto, ſino es que conſte, que el

teſ-

testador quiso que se compensasse con la propiedad, y dexarsela, vt ibidem tradit latè D.D. Ioannes del Castillo, in d.cap.94.num.28. & sequent.lib.5, y en este pleyto no puede auer duda que el testador no quiso que su muger lleuasse la propiedad del quinto, pues fundò mayorazgo del, llamando despues de sus hijos a los transuersales, y personas de su familia, pero ni aun tampoco el vsufruto del quinto le quiso dexar, como se fundarà en su lugar.

Contra esto podria llegar a dudarse dos cosas. La vna, si supuesto que los hijos en su vida no reclamarõ este grauamẽ, podra hazerlo el substituto del hijo. Y la otra, si respecto del estraño se podra sustentar el grauamen de vsufructo en el tercio, en fauor de la muger.

En quanto a lo primero se responde. Lo vno, que el grauamen puesto en la legitima del hijo, lo quita el derecho, ipso iure, & sine facto filij, d.l.quoniam in prioribus, ibi: *Ipsa conditio, vel delatio, vel alia dispositio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur, & ita res procedat, quasi, si nihil eorum in testamento additum esset*, facit l.scimus, C.de inofficioso, ibi: *Attamẽ ipso iure inesse eandem repletionem, &c.* l.si quando, §. & generaliter, eodem tit. Roderic. Suarez in d.l. quoniã in prioribus, ampliatione 9. & 10. num.4. latissimè D.D. Ioan. del Castillo, lib.5. cap.107.nu. 35. & sequent. y asi quitandose el grauamen de la legitima, ipso iure, segun la mas comun opinion la taciturnidad del hijo no serà de cõsideracion.

Lo segundo se responde, que aunque ipso iure, no se quitara el grauamen, & sine facto filij, mas verdadera y cierta opinion es, que el derecho de reclamar el grauamen passa al heredero, o successor del hijo, aunque sea estraño, Salicet. in d.l.scimus, in princ.num.4. Angel. Cõs.

287.num.3.Bart.conf.34.in princ.lib.1.Alex. consil.55.nu.5.lib.2.Decius conf. 81. num.1. vers. *Nam legitima*,& conf.217.n.4. Roland.à Valle,cõs.78.n.6.lib. Mantica de coniect.vltimarum volunt.lib.7.tit.8.num. 10.Menoch. cons.77.nu.8.lib.1.& cons.681.nu.9.lib.7.& cons.1017.n.23.lib.11.& cons.1268. lib.13. Steph. Gratian.qui plures refert,disceptat.foren.c.594.n.11.& 12.& sequen.tom.3.vbi latissimè D.D.Ioan.del Castillo,d.c. 107.n.72. vers.econtrario.

Lo 3.y con que de todo punto cessa esta dificultad,es,porq̃ aqui estamos en terminos de mayorazgo,hecho del tercio,que aunque por derecho del Reyno es legitima,tine mayor especialidad que la demas legitima,pues en esta se sustenta el grauamen por consentimiento del hijo,l.si quando,§.& generaliter,C. de inofficioso,vbi communiter DD.& in d.l. quoniam in prioribus,y si el consentimiento ha de ser expresso,o basta q̃ sea tacito,tradit Curt. iunior consil.159.à n.1. Ioseph. Ludou. in decis. Lucens.28.n.52.Alex.Raudens.de annalog.lib.2 c.19.n.33.& 34.Pero en la legitima del tercio no puede el hijo en perjuyzio de la forma legal,y de los llamados conforme a la d.l.25.cõsentur, aunque sea expressamente el grauamẽ puesto en el: sic tenẽt in terminis,Toll. Fernã. in d.l.27.Tauri,n.15.in princ.Azeued. in d.l. 11.tit.6.lib.5.recopil.n.43 ibi.*Notandũ etiam est,quòd etiam de consensu meliorati,non potest meliorans peruertere legis nostræ tenorem & formam*:assẽtit Mieres de maioratibus in nouissima editione,tom.1.p,1.q.21.n.90.y si en terminos de la l.27.de Toro,y mayorazgo del tercio no puede el hijo por consentimiento expresso aprouar el grauamen puesto en el en perjuyzio de la forma legal,y llamados cõforme a ella,mucho

cho menos podra callando, y estando sin reclamar el grauamen causar perjuyzio a los successores, de que resulta q̃ no es disputable la questiõ propuesta en el vinculo del tercio, y en nuestro caso q̃da satisfecha a la primera objecciõ.

En quanto a la 2. duda, si respeto del transuersal se podra sustentar el grauamen de vsufructo, puesto en el tercio en fauor de la muger del testador se alegò a la vista la l. vxori, ff. de vsufruct. legato, y la ley si mulieri, ff. de vsufruct. acrescend. y el consejo 47. de Rolãd. à Valle, n. 10. lib. 2, que quando el padre dexò a su muger el vsufructo, instituyendo a sus hijos, aunque en su vida no pueda conseguir mas de los alimentos, si despues sucedieren estraños ha de conseguir el vsufructo enteramente.

Se responde lo primero, que Rolando en el dicho consejo 74. y los q̃ alli cita, y tracaron la question, la ponen en diferẽtes terminos de los deste pleyto, quando la muger quedò por vsufructuaria de todos los bienes del marido, dexando instituydo en ellos a vn hijo, y a vn estraño por coheredero, que entonces dize Rol. in d. cons. 74. que respeto del hijo se restringe el vsufructo a solos los alimentos: y respeto del estraño ha de lleuar el vsufruto enteramente; la razon que da es, porque por costũbre introducida en fauor de los hijos, el vsufructo dexado a la muger del testador se restringe a solos los alimentos: y que esta no se ha de estender a diferentes personas, vt patet in d. cons. 74. Rol. n. 6. ibi: *Ratio est, quia cum fabore filiorum introducta fuerit dicta cõsuetudo, quod vxor tantum habeat alimenta merito extensio ipsius non debet fieri ad extraneum, arg. l. si ita scriptum, ff. de manum. testam.* Mantica de coniect. ultimarum volunt. lib. 9. tit. 7. nu. 17. latissime Petrus Surd. de aliment. tit. 2. q. 15. n. 82. & sequent. ibi. *Ratio est quia cõsuetudo vulgari odiosa est, & debet restringi cap. odia*

de

de regul. iuris in 6. item introducta fuit filiorum fabore, ergo cessat, quando filij non extant, quia illis nõ extantibus cessat ratio, propter quam fuit inducta: y finalmente los Autores que tratan esta question vienen a resoluer, que quãdo el marido dexò el vsufructo de sus bienes a la muger, teniendo hijos, se ha de presumir, que quiso se restringiesse a los alimentos solamente, porque no perezcan los hijos, y queden con la propiedad inutil: y que en los estraños cessa esta razon, vt latissime prosequitur Menoch. de præsumpt. lib. 4. presumpt. 139. per totam, & presumpt. 140. Surd. in d. q. 15. teniendo por llano, q̃ por costumbre y presumpta voluntad del marido, aũque las palabras importen en su propia significacion vsufructo de los bienes, se hã de restringir y entender solo de alimentos en fauor de los hijos, vt patet n. 90. ex Alex. cõs. 57. in princip. vol. 3. quem ibi citat Petrus Surd. y en los terminos deste pleyto no se pretende que el vsufructo se ha de restringir a los alimẽtos por presumpta volunta del marido, sino que por ser grauamen, vt supra c. ximus, & tradit late D. D. Ioan. del Castillo, lib. 5. cap. 94. n. 26. no se pudo poner en la legitima de los hijos, y quitandose el grauamen de la legitima ipso iure, han de passar los bienes libres del a los sucessores, y a la l. vxori, ff. de vsufructu legat. y a las demas que permitian dexarse el vsufructo a la muger por el marido, teniendo hijos: se respõde, que por derecho mas nueuo estan alteradas, vt tradit Quesada diuersarum quæstionũ iuris, cap. 24. num. 19. in fine, ibi: *Cuius res causa sublatam esse legem vxori mea, ff. de vsufructu legato permitentem patri legare vsumfructum omniũ bonorum vxori, extantibus filijs, & ita communiter resoluitur.*

Lo

Lo 2. porque quando el hijo transmite la legitima, segun la mas comun opinion passa libre del grauamen de vsufruto, sic tradit Bald. in l. vnica, C. de his, qui ante apertas tabulas, Menchaca, de succesionum creat. §. 10. nu. 393. & 423. Anton. Gomez, variarum, lib. 1. cap. 9. nu. 49. refert & sequitur Quesada, d. q. 24. num. 30. vbi contrariam opinionem Marian. Socin. in cons. 115. & Greg Lop. in l. 11. tit. 4. parti. 6. verbo, *libremente*, ex pluribus reprobat, & licét in substituto filij aliter sentire videatur, hoc debet intelligi in substitutione vulgari, quæ cum post additionem hæreditatis expiret, vt in l. post ad ditam, cum similibus, C. de impuberum, & alijs substit. & vt habeat locum necessarium sit, vt aut filius nolit, aut non posit addire, & secluso, vel repudiante filio, legitima non sit re, nec nomine legitima, grauamen in hoc casu non tollitur, sed remanet pœnes substitutũ, qui per vulgarem succedit, & hoc videtur de mente Doctorum, & tradit Quesada, d. c. 24. nu. 25. in fin. & 26. ibi: *Declaratur superior conclusio, vt quamuis verum sit legatum vsusfructus omnium bonornm importare alimenta, quoties filij sunt in medio, hoc non procedat, quando filijs dati sunt substituti vulgares. Repudiantibus enim filijs institutis, locus est grauamini vsusfructus omnium bonorum in persona substitutorum, & regula quæ habet, filio imponi non posse grauamen in legitima, de qua in l. quoniam in prioribus procedit, quando succedit ipse filius secus si alius, secluso enim, vel repudiante filio, legitima non est legitima re, nec nomine, &c.* La razon desta conclusion es concluyente y clara, pues aunque el grauamen se quita de la legitima ipso iure (vt supra probauimus) no es legitima aquella que por no aceptarla el hijo, passó al substituto vulgar, pero diuersa cosa seria, quãdo despues de auer sucedido el hijo en los bienes de la legitima huuiessen de passar a otro

despues de su muerte por substitucion fideicomissaria, o compendiosa, como en el caso presente, que estan llamados los hijos al tercio, q̃ ya es legitima, y despues de su muerte dō Agustin Adorno, y en los hijos despues de la muerte del fundador se transfirio la sucesion del dicho vinculo, que viuieron despues mucho tiẽpo, y al mismo punto que los hijos sucedieron se les quitó el grauamen ipso iure, y vinieron a passar sin el al substituto, quod videtur sentire Peralta, in l. cum patronus, ff. de legat. 2. nu. 30. ibi: *Et sic ad substitutum, hoc non posset adaptari, cum grauamen per agnationem legitimæ, cui per accidens cohærebat expirauerit, &c.* Y aunque al hijo no se le puede substituyr en su legitima fideicomissariamẽte, vt tradit Bart. in l. ex tribus, C. de inoffic. & ibi Salicet. Ias. & DD. communiter Petrus Surd. cons. 31. n. 47. Anton. Gomez, tom. 1. variar. cap. 4. n. 12. porque como es grauamen la substitucion fideicomissaria no se puede poner en la legitima: aqui se ha traydo este fundamẽto, por admitirse en la legitima del tercio, conforme a la l. 27. de Toro la substitucion fideicomissaria, guardandose la forma de la dicha ley, y asi se adapta lo que queda dicho bien a este caso, y seria cosa rigurosa, que el grauamẽ que se halla quitado del primer instituydo y llamado, se repitiesse al substituto por la fideicomissaria, la qual presupone q̃ ha de auer aceptacion del primer instituydo, l. ille á quo, §. si de testamento, in fin. ff. ad Trebelian. cum similibus, y la substitucion vulgar lo contrario, quia post additionem hæredes cessat, l. post additã, C. de impub. y asi en el vn substituto cessa el grauamen de la legitima, y en el vulgar no.

Lo 3. y vltimo con que en esta parte queda satisfecho a la oposicion contraria, es, conque quando no se quitara ipso iure el grauamen de vsufruto de la legitima, o se huuiesse de entender,

der, quitando ſolo reſpeto de los hijos, y no de de los trāſuerſales: eſto no puede proceder en el mayorazgo del tercio, cōforme a la d.l.27. de Toro, por la qual como queda dicho ſe cōſi derā cinco grados de perſonas, y aunq̃ ſe pueda poner entre ellas qualquier grauamē ha de ſer entre las perſonas de cada grado, vt latè tra dit D.D. Ioan. del Caſtillo, quotid. tom. 6. cap. 128. n. 3. & 4. Demanera, q̃ mientras huuiere hi jos legitimos, no ſe les puede poner grauamen en fauor d̄los naturales, ni miētras huuiere trāſ uerſales ſe puede poner en fauor de los eſtraños, y aſsi pudiera el fundador dexar a vn hijo el vſufruto del tercio, y a otro la propiedad del o llamarle al vinculo del tercio, porq̃ aunq̃ la propriedad por ſi ſola ſea inutil, podia muriendo antes el vſufrutuario cōſolidarſe el vſufruto cō ella; la razō es porq̃ como pudiera eligir a qualquiera de los hijos para el vinculo q̃ dexó hecho d̄l tercio, puede tābiē diuidir entre ellos el vſufruto, y la propiedad del, porq̃ puede darſelo a vno todo, o diuidirlo en partes entre los demas, vt tradit Ant. Gom. in l. 18. Tauri, n. 2. & ibi Tell. Ferdi. n. 1. Azeb. in l. 3. tit. 6. lib. 5. recop. n. 15. Angu. de melio. in l. 2. gl. 4. nu. 1. & in l. 11. gl. 11. n. 5. pero no podria el teſtador dexar llamado al vinculo del tercio a ſus hijos, y dexar al eſtraño el vſufruto, ni llamar a los trāſuerſales, y dexar el vſufrnto a eſtraños, porq̃ auiēdo perſonas de cada grado de los expreſſados en la d. l. 27. ſe puede grauar a vno de los de aq̄l grado reſpeto del otro, y no auiēdole paſſar a las perſonas del grado ſiguiēte, mas no ſe à de grauar a los del primer grado, auiēdo otros del por los del ſegūdo, ni a los del ſegūdo por los del tercero, y aſsi en los demas, porq̃ la elecciō y facultad q̃ dá la d. l. 27. para diſponer del tercio, y poner en el qualeſquier grauamenes, á de ſer guardando la forma della, ſin alterarla en nada, y ſeria

per-

peruertirla, quitar al hijo legitimo el vsufructo del tercio para darsele al natural, o quitarsele a los transuersales para darsele a la muger que es estraña, como se pretende en contrario, y assi parece se ha satisfecho a las oposiciones cōtrarias, y que en quanto al tercio no parece pudo Fernan Lopez Adorno poner grauamē de vsufructo en fauor de su muger, en el vinculo que dexó fundado.

Finalmente en don Agustin Adorno ay razō particular, por la qual no pudo el fundador poner en su llamamiento el grauamen de vsufructo, y es, porque le grauó especialmente a que pagasse en dinero a doña Maria de Aguiñiga el valor de la parte de los bienes que le tocassen del dicho vinculo, y seria graualle en mas de lo que le daua, si se sustentassen ambos grauamenes; y el grauamen puesto por el testador en mas de lo que montan los bienes que dà, ni el puede ponerle, ni el grauado está obligado a cumplirle, l. ciuitatibus, §. final, ff. de legat. 1. & ibi DD. l. filius familias, §. apud Marcellum, eod. tit. Anton. Gom. varir. lib. 1. capit. 12. nu. 54. in fin. ibi: *Si vero testator legauit rem, vel speciem propriam non potest legatarium grauare in maiori quantitate vel suma, quam sit valor, & æstimatio illius rei cum fructibus.* Y supuesto que en los bienes q̄ sucede don Agustin, por ser de mayorazgo, solo ha de gozar de los frutos, si estos se le quitassen por vna parte por el grauamen de vsufructo, y por otra le obligassen a pagar, por auer aceptado el vinculo, el valor de la parte de bienes que tocan a doña Maria de Aguiñiga, fuera grauarle en mas de lo que recibe, y segū los textos referidos y autores en ellos, el legado, o mejora es valida, y el grauamen se quita en lo que excede, y en el caso deste pleyto es forçoso que el grauamen de vsufructo sea el que no tiene

tiene obligacion de cumplir don Agustin, por ser especial el de pagar el valor de los bienes, y puesto señaladamente en su persona, a que par ticularmēte atendio el fundador; para que los bienes del vinculo no se diuidiessen, ni saliessen de su familia, por auer sido de sus abuelos, y assi es sin ninguna duda que el grauamen de vsufructo no se puede sustētar en el caso deste pleyto.

Siendo como es llano que no se pudo poner el grauamen de vsufructo en el tercio, y que el fundador hizo vinculo y mayorazgo del tercio y quinto indiuissible, lo mismo parece deue proceder en el quinto, y juzgarse por las mismas reglas, pues el grauamen que se quita de la legitima se ha de quitar tambien del excesso de los demas bienes, ex his quæ latissimé tradit D.D. Ioan. del Castillo, lib. 5. cap. 100. n. 13. & maximé nu. 22. & sequent. donde eruditissime more solito loquitur, y trata vna question semejante a esta, scilicet, si auiendo el padre excluydo del mayorazgo hecho del tercio y quinto, a hijo Clerigo, Religiosos, y hembras, y no pudiendo, como no puede hazerlo en el tercio por la d. l. 27. de Toro, si ha de ser lo mismo en el quinto, y resuelue con muy buenos fundamentos que si, y que el grauamen puesto en el mayorazgo de tercio y quinto, que no se pudo poner en el tercio, se ha de quitar tambien del quinto, y por ser lugar copioso, y digno de verse, y q̄ en el está junto quanto se puede imaginar, y dezir en esta parte me remito a lo que alli dize el señor don Iuan del Castillo, por no alargar este papel.

Hasta aqui se ha tratado de fundar por nuestra parte, que Fernan Lopez Adorno no pudo poner el grauamen de vsufructo en el vinculo del tercio y quinto, y aora se fundara, que no

 le

le quiso poner en el llamamiento de transuersa les, que hizo para el dicho mayorazgo, mediãte la persona de su muger, a quien dexó come tida la declaracion de su voluntad.

Aunque en todas las disposiciones, lo princi pal dellas, y a que mas se deue attender sea la voluntad del que dispone, esto procede con mayor especialidad en los mayorazgos, por tratarse de conseruar la perpetuydad dellos, y memoria de los fundadores, y no solo la volũtad expressa y clara deue preualecer, sino tambien aquella q̃ se puede inferir, y sacar por con jecturas, l. cum proponebatur, ff. de legat. 2. l. in conditionibus, primum locum, ff. de condit. & demonstrat. l. 28. tit. 9. partit. 6. D. D. Ioann. del Castillo, lib. 4. cap. 8. per totum.

En el caso deste pleyto hallamos la volũtad del fundador del mayorazgo del tercio y quin to, sobre que se litiga euidente, y clara, para q̃ en caso que muriessen sus hijas sin generacion, succediesse don Agustin Adorno, sin grauamẽ de vsufruto, contentandose cõ que luego que sucediesse diesse el valor de la parte de los bienes que tocassen a doña Maria de Aguiñiga dẽtro de vn año, a ella, o a sus herederos en dinero, lo qual se funda, y persuade, ex sequentibus.

Lo primero, porque la fundacion del dicho vinculo de tercio y quinto, se hizo en la persona de doña Luciana Adorno, hija de los fundadores, llamandola por su propio nombre a la sucessión, y dirigiendo el grauamen de vsufruto a su persona, y demas hermanas contenidas en la dicha clausula, como pare del principio de la escritura de fundacion, y clausula de grauamen de vsufruto siguiente, ibi: *En la mejor via y forma q̃ podemos, y de derecho deuemos, mejoramos a vos la dicha doña Luciana Adorno nuestra hija en el tercio y quinto de todos nuestros bienes, &c.* Y luego señalan

ñalã el tercio y quinto en vnas casas y huerta, y en ocho cauallerias y media de tierras, y ponen la clausula siguiente de vsufruto, ibi: *Primeramente es vinculo y condicion que nos los dichos Fernan Lopez Adorno, y doña Maria su muger seamos vsufrutuarios de los dichos bienes desta mejoria, y gozemos dellos, y de los frutos y rentas dellos todos los dias de nuestras vidas en tal manera, que aũque el vno de nos fallezca, el otro que de nos quedare goze de todo el dicho vsufruto todos los dias de nuestra vida, y en fin de los dichos dias de nuestras vidas sucedays en los dichos bienes desta mejoria vos la dicha doña Luciana Adorno nuestra hija en propiedad, y possession, y vsufruto, &c.* Y va llamando a los decendientes de doña Luciana, y a falta dellos a las demas sus hermanas, y a los suyos, y con esto cierra esta clausula, y luego pone otra clausula, en que declaran que si tuuieren hijo varon de su matrimonio, se tẽga por llamado, y preferido en la sucession deste vinculo, y por otra clausula siguiente pone grauamen de apellido y armas, y luego pone otras clausulas, para que los que huuieren de suceder sean nacidos y procreados de legitimo matrimonio, y por clausula vltima pone la del llamamiento de los transuersales, referida en el principio deste papel, sin repetir, ni hazer mencion del grauamen de vsufruto, sino solo que aya de dar a D. Maria de Aguiñiga su muger, o a sus herederos el valor de la parte q̃ le tocare de los bienes del dicho vinculo, porq̃ andẽ juntos, sin diuidirse, por auer sido de sus abuelos, y supuesto q̃ como queda fundado quando se quita el vsufruto, y se da a diferente persona de la nõbrada a la sucessiõ de vn vinculo, es grauamẽ, y tan terrible, que mientras durare solo tẽdra el nombre de mayorazgo el sucessor en el, no puede el grauamen, o condicion extenderse a diferentes personas, o grados de los expressados

dos por los fundadores, vulgar. l.quæ cõditio, ff.de condit.& demonstrat.ibi: *At quæ cõditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradũ, quo hæ personæ institutæ fuerunt*, l.final,§.Seio, ff. de legat.2. ex quibus Bart.& DD.ibi notant conditionem adiectam vni gradui, vel personæ iam nominatę non censeri repetitam in personam alterius substituti, aut coniuncti Menoch.de præsumpt.lib.4.præsumpt.178.num.17.& sequent. D. D.Ioan. del Castillo quotidian.controuers.lib.2. c.4. n.43. & tom.6.cap.181.n.28.& 29. y aqui concurren tres cosas, diferẽtes personas, diferẽtes grados, y diferentes clausulas, si se atiende a las personas, el grauamen de vsufruto se dirige a la persona de doña Luciana Adorno, y demas hijas nõbradas en la clausula de vsufruto, como parece de las palabras della, donde hablando cõ la dicha D.Luciana Adorno, y nombrandola por su nombre dizen los fundadores, que despues de auer gozado ellos del vsufruto estas palabras: *Sucedays vos la dicha doña Luciana Adorno en los bienes desta mejoria en propiedad y possession.* Y luego en la clausula vltima de constituto dize, ibi. *Y apoderamos y entregamos en ellos, y en la possession y señorio dellos a vos la dicha D. Luciana Adorno nuestra hija, para q̃ sean vuestros, y de los dichos vuestros sucessores, e los ayays, y tengays por bienes vinculados debaxo deste dicho nombre, e titulo de mayorazgo, con las condiciones, sucessiones, y grauamenes, e llamamientos de suso contenidos, y cõ la reserua que hazemos en nos del vsufruto dellos, durãte los dichos dias de nuestras vidas.* Y quando el grauamen se dirige a personas ciertas, non debet egredi personas nominatim grauatas, l.celsus, §. quod alicuius, ff. de legatis secundo, l.si plures, ff. de legatis 3. Peregrin. de fideicommiss. articul.16. uumer. 59. Casanate, consil.55. numer.34. & sequent.

En

en quanto a los grados que sean diuersos, no admite duda, porque en el que puso el grauamen de vsufruto, siempre fue llamando, y haziendo mencion de las hijas, y sus descendientes; y en la clausula sobre que es este pleyto solo trató de los trãsuersales, y las claususulas son tan diuersas la vna de la otra, que ay otras cinco, o seys clausulas intermedias, y de diferẽtes grauamenes; con lo qual es euidente, que no tuuo voluntad de poner el dicho grauamen en la clausula de los transuersales, ni puede estenderse a ellos.

Si contra esto se opusiere, que no es verisimil que quisiesse el fundador del dicho vinculo grauar a sus hijos en el vsufruto del, y no a los estraños, y que auiendo la misma, o mayor razõ para ello, el grauamen puesto a diferẽtes grados y personas, se ha extender, y cõprehender a los no nombrados, quia vbi est eadem, & maior ratio, non dicitur extensio, sed intensio, nec procedi per extensionem, sed per comprehensionem, D. Molin. de Hispan. primog. lib. 1. c. 5. nu. 12. Mieres, de moiorat. 2. p. q. 6. n. 104. Ioan. Gutierr. pract. lib. 3. q. 17. nu. 113. Alex. Raudens. de Analog. cap. 34. n. 127. Farinac. in fragm. crim. 1. p. cap. extensio quando facienda ex idemtitate rationis, n. 52. Petr. Surd. in decis. 276. n. 9. & cons. 322. n. 22. & cons. 443. nu. 46. lib. 3. porque se responde.

Que no solo en este caso no ay la misma y mayor razon en don Agustin, que en las hijas del fundador, sino que totalmente es diuersa la vna de la otra, porque el grauamen de vsufruto que puso a las hijas, sabia el fundador q̃ no podia ponerle conforme a derecho, y que era de ningun momento, y assi no es mucho q̃ le pusiesse, quia qui facit actum contra formã legis, præsumitur scire esse nullius momenti, l.

an inutilis in principio,ff. de acceptilat. Alciat. de præsumpt.regul.3.præsumpt.31.nu.2.in fin. Mantic.de coniect.lib.12.tit.17.nu.14. Y en los estraños no le quiso poner por ser posible sustentarse en ellos este grauamen,y assi ay diuersidad de razon;y esto se prueua tambien,conq̃ al que huuiesse de suceder despues de sus hijas le grauó especialmente a que pagasse a doña Maria de Aguiñiga el valor de la parte de los bienes que le tocassen del dicho vinculo, y no le auia de grauar tambiẽ a que se quedasse sin el vsufruto mientras viuiesse doña Maria de Aguiñiga, porque seria grauarle en mas de lo q̃ recibia,y assi las hijas no tenian este grauamẽ, y ay diferente razon en el vn caso que en el otro,& ratio diuersa diuersum ius inducit,l.inter stipulantem,§.sacram,ff.de verbor.obligat.ibi: *Sed hæc dissimilia sunt*, l.fin. ff.de ritu nuptiarũ, l. quod dictum,ff.de pact.Hieronym. Gabr.cõs. 170.n.9.lib.1.Roland.cons.27.n.19.lib.1.Honded.cons.95.n.110.lib. 1. & extensio nunquam admittitur de casu ad casum, nec de persona ad personam,quando adest diuersa ratio ex latẽ traditis á D.D.Ioan. del Castill. quotidian. cõtrouers.tom.6.c.171.n.12.& seqq.

Lo segũdo haze por esta parte, que si los fundadores quisieran poner el grauamen de vsufruto en el grado de los transuersales lo expressaran,como lo hizieron en la clausula de constituto,en la qual dizen, que hazen entrega de los bienes del vinculo en doña Luziana Adorno,con las condiciones, y grauamenes referidos,y con la reserua que hazẽ del vsufruto por los dias de sus vidas: ad quod facit in argum. text.in c.inter corporalia,de translatione Episcopi, ibi: *Vndè si circa translationem idem fieri voluißet, quod de cesione dixerat,de translatione poterat expreßiße.* cap. ad audientiam,de decimis, & testator

ſtator ea quæ non loquitur velle, non præſumitur, l. quidam cum filium 46. ff. de hæred. inſt. & mens teſtatoris talis præſumitur, qualẽ verba demonſtrant, l. ſi alij, ff. de vſufruct. l. vnica, §. ſinautem, ad deficientis, ff. de caduc. tollend. l. ſi ſeruus, §. non dixit, ff. de acquirend. hæredit. Tiraquel. in l. ſi vnquam, verbo, libertis, ex nu. 3. C. de reuocand. donat. Cæſar Barci. in deciſ. Bononienſ. 4. Azebed. in conſ. 18. nu. 12. D.D. Ioan. del Caſtill. lib. 2. quotidian. c. 4. nu. 29. & lib. 4. c. 9. n. 5. & 6. Y es cierto que los fundado res no quiſieron poner grauamen de vſufruto a los tranſuerſales para deſpues de la muerte de cada vno dellos, pues ſi quiſieran hazerlo lo expreſſaran, como lo hizieron en los demas llamados, lo qual fue teniendo conſideracion al grauamen de pagar en dinero el valor de la parte de bienes que tocaſſe a doña Maria de Aguiñiga.

Lo 3. porque no ſolo no declaró, ni quiſo el fundador, que el que huuieſſe de ſuceder deſpues de la muerte de ſus hijas, y deſcendientes dellas quedaſſe grauado en el vſufruto de los bienes del vinculo y mayorazgo, ſino que antes dio a entender lo contrario, diziendo fueſſe obligado luego que ſucedieſſe dentro de vn año, de dar a doña Maria de Aguiñiga ſu muger, o a ſus herederos el valor de los bienes que por ſu parte le tocaſſen de los del dicho vinculo, porque anden juntos, por ſer de los abuelos del fundador, ſegun lo qual venia a quedar grauado el ſuceſſor en mucho mas de lo que recibe, quod regulariter fieri nequit, l. Imperator, ff. de legat. 2. & quando legatur res, vel ſpecies, eſt tex. in l. ciuitatibus, §. fin. ff. de legat. 1. & ibi DD. l. filius familias, §. apud Marcelum, eodem tit. Ant. Gomez, variarum, lib. 1. c. 12. n. 54. in fi. dõde por los textos referidos pone el caſo quã

do

do el teſtador grauó al legatario, o fideicomiſſario a que dieſſe mas cantidad de lo que valia la coſa que le legó : y es admirable texto para eſte propoſito la d.l. ciuitatibus, in §. fin. cuius verba ſunt: *Eum cui fundus ſub hac conditione legatus eſt, ſi centum hæredi dediſset: ſi tantum in precio fundi, quantum hæredi dare iuſſus eſt, non eſt cogendus legatarius fideicommiſſum à ſe præſtare, quoniam nihil ex teſtamenta videtur capere, qui tantum erogat quantum accipit.* En el caſo deſte pleyto manda el fundador, que la parte de bienes del vinculo que tocare a ſu muger, ſe le pague la eſtimacion della, y aſsi en quanto a eſta parte, no ſolo don Aguſtin viene a dar tanto como recibe, ſino mucho mas, porque ha de quedar vinculada, y no en propiedad para el, y para que ſe ſuſtente eſta diſpoſicion, es forçoſo que ſe le dé a don Aguſtin la otra parte de bienes del teſtador q̃ dexó vinculados, para que no venga a quedar grauado en mas de lo que recibe, pues nunca ſe preſume que el teſtador quiere hazer diſpoſicion inutil, ſino que ſe ſuſtente por el mejor modo que fuere poſsible, y que ſea perpetua. Ruin. conſ. 72. n. 74. vol. 2. Mantic. de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 2. ex nu. 10. Camil. Gali. de verbor. ſignif. lib. 9. cap. 36. D.D. Ioan del Caſtillo, lib. 2. quotid. cap. 7. num. 17. & 18. lo qual procede con mas fuerça, quando ſe trata de cōſeruar la perpetuydad del mayorazgo que dexó fundado el teſtador, porque en eſte caſo ſe preſume tuuo voluntad de hazer todo lo neceſſario para ſu perpetuydad y validacion, vt ibidem tradit D.D. Ioan. del Caſtillo, & pluribus comprobat; y eſto que es preſuncion de derecho, lo dixo bien claro el fundador del vinculo de que ſe trata, en la miſma clauſula donde trató de los tranſuerſales que auian de ſuceder deſpues de ſus hijas; porque dize alli, y dá por razon

razõ,para q̃ se le page a doña Maria de Aguiñiga su muger el valor de la parte destos bienes que le tocare, que porque anden juntos por auer sido de sus abuelos se le dè la dicha estimacion; segũ lo qual es cierto, que en la parte que se le diere la estimacion no ha de gozar del vsufruto, pues viene a ser vna compra della para el mayorazgo: y para que anden juntos como lo dixo el fundador, es necessario que se le entregue tambien a don Agustin la otra parte, pues de otra manera no vendria a cumplirse su voluntad, ni a andar juntos, sino diuididos.

Lo 4. porque en la dicha clausula se dize, q̃ el que huuiere de suceder despues de las hijas, luego que suceda dentro de vn año pague la estimacion de la parte que tocare a doña Maria de Aguiñiga en dinero, de donde precissamẽte se infieren dos cosas. La vna, que no se auia de esperar su muerte para la dicha succesion, y entrar en los bienes del vinculo. La otra, que no valiendo los frutos de vn año de los bienes vinculados tanta quantidad no quiso grauar al sucessor en el vsufructo, sino a que pagasse la dicha quantia.

Lo vno se prueua por estar puesta en la obligacion doña Maria de Aguiñiga, pues para pagarla a ella despues de auer sucedido en el vinculo, no auia de esperarse su muerte para la sucesion, y no se puede dar caso en el qual se le pueda pagar a ella, sino es sucediendo en su vida, y estarian superfluas las dichas palabras, y no obrarian nada, & verba debent aliquid operari, l. si quando, ff. de legat. 1. l. generali, §. 1. ff. de vsufruct. cap. si Papa in princ. de priuile. lib. 6. latissime Simõ de Prętis de interpretat. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 3. dubitat. 2. solut. 5. num. 1. & sequent. vbi hoc procedere in omni materia testatur, vt in testamentis, & cõ-

tractibus,quod adeò pocedit, vt verba posint trahi ad extraneum significatum,vt aliquid operentur,vt ex Bald.in l.Titia,§.1.ff.de legat.2. Aimon.consil.20.num.9.tradit Simon de Prætis vbi proximè,num.9.

Esto mismo persuade la palabra,luego, puestas en la dicha clausula, que corresponde a la diccion,*statim*,quæ nullam dilationem admittit,& denotat celeritatem,l.si finita,§.non autem statim,ff.de damno infecto, l.cum quidã, ff.de legat.2.Tiraquel.in l.si vnquam verbo,*reuertatur*,num.120.C.de rouocand.donat.Surd. in decis.57.num.9.& decis.211.num.32. Stephan.Gratian.disceptat.forens.cap.41.nu.10 y dize el fundador en la clausula del dicho vinculo,que el sucessor luego que sucediere despues de la generacion de sus hijas que dexò nõbradas,de en dinero la estimacion de la parte de los dichos bienes de doña Maria de Aguiñiga,con q̃ da a entender claramente,que no se auia de esperar al tiẽpo de la muerte de su muger,ni a que gozasse del vsufructo, porque vsu de diccion que denota celeridad.

Lo otro se persuade con la l.filius familias, §.apud Marcellum,ff. de legat. 1. de que se ha hecho mencion en este papel,dize,que auiendose dexado a vno vn fundo grauado por fideicommisso, le grauò tambien el testador a que de los frutos del diesse ciento a otro: pregunta alli el Iurisconsulto,que si muriesse antes el grauado de percebir los frutos que bastassen para cumplir los cien ducados si tendria obligaciõ de pagarlos, y dize, que no porque vendria a quedar grauado en mas de lo que recibiò:luego bien se sigue,que mandando el fundador q̃ dentro de vn año pagasse el sucessor el valor de los dichos bienes,y siendo esto precisso para que

que anduuiessen juntos, como lo dispuso, se ha de entender, que no quiso que tambien pagasse el vsufruto, y lo lleuasse doña Maria de Aguiñiga, pues fuera grauarle en mucho mas de lo que le daua, como queda dicho.

Vltimamente se deue atender, a que el fundador deste mayorazgo, en la clausula de los transuersales atendiò siempre a que los bienes del estuuiessen en los de su familia, por auer sido de sus abuelos, y asi mandó, que no se diuidiessen los que tocassen a su muger, como deuia hazerse, sino que se los pagasse el successor en dineros, y no es verisimil, que auia de querer que tambien le diessen el vsufructo en dineros, y que ella los gozasse en su vida, con q̃ se podia confundir su memoria; y asi parece queda fundado, que no solo no pudo el testador poner el grauamen de vsufructo en los dichos bienes, sino tambiẽ que no quiso ponerla.

En quanto a que doña Maria de Aguiñiga no puede impedir la possession del vinculo, se funda breuemente, con que tiene don Agustin intentado vn remedio executiuo y sumarissimo, que le compete por la l. 45. de Toro, por auer muerto las hijas del fundador sin dexar generacion, y auer llegado el caso de su llamamiento, en que no se duda por la otra parte, ni oy pone contra esto cosa alguna, sino solo que ha de ser vsufructuaria por su vida, a que se satisfaze breuemente.

Lo primero con q̃ como q̃da fundado no es, ni puede ser vsufructuaria de los bienes deste vinculo.

Lo 2. que aunque lo fuesse no puede impedir la possessiõ del vinculo, porque el vsufructuario ha de recibir la possession del vsufructo de mano del heredero o propietario, y no tomarla

tomarla por su propia autoridad, sic tradunt Alberic. in l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis, Roman. consf. 312. Alex. consf. 50. num. 5. lib. 7. Pinel. in 2. p. l. 1. C. de bonis mater. n. 61. & 62. his, & elijs relatis D.D. Ioannes del Castillo de vsufructu, cap. 6. num. 26. y auiendo de recibir la possession de mano del proprietario, no es parte legitima la vsufructuaria para impedir que el tome la possession, y tanto mas, que contra la misma vsufrutuaria se concede el remedio adipiscendæ, vt ex l. 1. §. quod ait prætor, ff. quorum legarorum, tenet Roman. consf. 312. num. 1. Menoch. de adipiscẽd. remed. 1. num. 76. & 77. y assi por todos caminos parece deuerse confirmar la sentencia de possessiõ del ordinario, y quando no estouiera como està tan claro, que doña Maria de Aguiñiga no ha de lleuar el vsufructo, y solo fuera dudoso, esto bastaua para q̃ esta excepcion no impidiesse la possession y tenuta que pretende don Agustin, y se reseruasse para otro juyzio mas pleno, arg. text. in l. 3. §. ibidẽ, ff. ad exhibendum, ibi. *Si obscurior, vel qui habet altiorem quæstionem differendam in directum iudicium:* Marius Giurba decis. 96. num. 18. Andres Gail obseruat. lib. 1. obseruat. 113. nu. 11. Scaccia de appellat. q. 17. limit. 9. n. 52. & 55.

En quanto al atetado parece que en este caso no le ay, porque el remedio de tenuta es sumarissimo y executiuo, vt tradit D. Christoual de Paz de tenuta, cap. 3. n. 1. & sequent. y en las causas executiuas no se da atentado, porque la apelaciõ en ellas solo obra efecto deuolutiuo, y no suspensiuo, y assi lo tuuo por llano Mieres de maiorat. 3. par. quæst. 24. num. 7. & in nouissima impressione, eadem quæst. 24. nume. 48. & sequent. donde mas largamente se puso esta

ques-

queſtion, y aunque tuuo la contraria opinion D. Chriſtoual de Paz de tenuta, c.28.nu.56.dõ de dize, que aunque ſea cierto, que no ſe da atẽtado en el juyzio de tenuta, eſto procede quãdo ſe intentó en el Cõſejo, y no ante el ordinario. En el caſo deſte pleyto ay cauſas para que ſe juzgue, que no ay atentado, porque demas de auer ſido el juyzio que ſe intentó por don Aguſtin ſumariſsimo, y executiuo, no ay tercero que pretenda tener mejor derecho al vinculo y mayorazgo que el, antes ſe confieſſa por ſuceſſor legitimo por doña Maria de Aguiñiga, y ella miſma le nombró, vſando de la facultad que le dio ſu marido, y no ay legitimo contraditor que pueda impedir la poſſeſsion, y aſſi en eſte caſo es llano que no ſe puede dar atẽtado: y tanto mas ſiendo pleyto que ſe ha viſto de los miſmos autos, y que la juſticia de don Aguſtin es llana, conforme a ellos, y aun en los caſos que el atentado es claro, ſi ay defeto en la juſticia principal del que le pide, no ſe concede, vt tradit Affl. in deciſione 98.numer.fin. Gregor. Lopez in l.27.titul. 23. parti.3. gloſſ.magna, in fine. D. Couarrub. practicarum cap.23.numer. 4. Azebed. in l.2.tit.13. lib. 4. recopilat.num.48. & 49. de que reſulta deuerſe juzgar en fauor de don Aguſtin, confirmando la ſentencia del ordinario. Salua, &c.